

'Met de kennis van nu...' (deel I)

Over FII 2 en de toepasselijke verkeersvrijheid in derdelandsituaties

Dr. mr. E. Nijkeuter¹ en mr. M.F. de Wilde²

1 Inleiding

Op 13 november 2012 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) voor de tweede keer arrest gewezen in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* ('FII 2').³ Het HvJ beantwoordt opnieuw vragen over de unierechtelijke houdbaarheid van de voormalige Britse regeling ter voorkoming van economisch dubbele belasting bij 'inbound' dividenden. Het arrest is in meerdere opzichten interessant. Zo gaat het HvJ nader in op de (on)verenigbaarheid van de Britse verrekenings- en vrijstellingsmethoden met de verdragsvrijheden. Dit aspect laten wij in deze bijdrage echter liggen.

Wij bespreken de benadering van het HvJ bij zijn keuze voor de toepasselijke vrijheid in derdelandsituaties. Met FII 2 herleeft de discussie hierover op verrassende wijze.⁴ Na het eerste arrest van het HvJ in deze zaak⁵ bleek dat diverse van de procederende partijen

¹ Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR), KPMG Meijburg & Co te Arnhem. E-mail: nijkeuter@law.eur.nl.

² Erasmus Universiteit Rotterdam, Loyens & Loeff NV te Rotterdam. E-mail: dewilde@law.eur.nl. Dit artikel maakt deel uit van het onderzoeksprogramma van de Erasmus School of Law getiteld 'Fiscale autonomie en haar grenzen'.

³ HvJ zaak C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation – FII 2*), V-N 2013/3.8. Zie hierover S.C.W. Douma, 'Vrij kapitaalverkeer na FII(2)', NTFR 2012/2689 (Douma 2012).

⁴ Een greep uit de literatuur: D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non-EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University, 2011, Joachim Englisch, 'Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms', 38 *Intertax* (2010), nr. 4) 197, p. 197-221, Axel Cordewener, 'Free Movement of Capital between EU Member States and Third Countries: How Far Has the Door Been Closed?', 18 *EC Tax Review* (2009), nr. 6) 260, p. 260-263, Maarten de Wilde en Renata Fontana, 'ECJ holds German legislation disallowing write down on participations acquired from non-residents compatible with free movement of capital (Glaxo Wellcome)', *European Tax Service*, BNA International Inc., October 2009, p. 24-25, Sigrid Hemels, Joost Rompen, Patrick Smet, Isabelle De Waele, Steffan Adfeldt, Gottfried Breuninger, Markus Ernst, Viviane Carpentier, Siamak Mostafavi, 'Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ', 19 *EC Tax Review* 19 (2010), nr. 1), p. 19-31, Ben J. Kiegebeld en Daniel S. Smit, 'Freedom of establishment and free movement of capital in Association and Partnership Agreements and direct taxation', 16 *EC Tax Review* 216 (2007), nr. 5), p. 216-230, Daniël S. Smit en Ben J. Kiegebeld, *EC Free Movement of Capital, Income Taxation and Third Countries: Four Selected Issues*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008 (Smit/Kiegebeld 2008), Daniël S. Smit, 'The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?', 16 *EC Tax Review* 252 (2007), nr. 6), p. 252-267, Axel Cordewener, Georg W. Kofler en Clemens Philipp Schindler, 'Free Movement of Capital And Third Countries: Exploring The Outer Boundaries with Lasertec, A and B and Holböck', 47 *European Taxation* 371 (2007), nr. 8-9), p. 371-376, Axel Cordewener, Georg W. Kofler en Clemens Philipp Schindler, 'Free movement of capital, third country relationships and national tax law: an emerging issue before the ECJ', 47 *European Taxation* 107 (2007), nr. 3), p. 107-119, D.S. Smit, 'Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting', TFO 2012/122, S.J.C. Hemels en J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', WFR 2010/1058, M.G.H. van der Kroon, Het Baarscriterium krijgt invulling', WFR 2010/229, B.J. Kiegebeld, 'Kapitaalverkeer versus vestigingsverkeer', NTFR-B 2009/47, A.A. Fase, 'Het rangordevraagstuk in derdelandenverhoudingen', WFR 2008/687, W.F.E.M. Egelie, 'Deelnemingen en de samenloop tussen art. 43 EG en art. 56 EG: hoe zit het nu?', NTFR 2007/1374, WFR 2008/687, P.J.J.M. Peeters, 'Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG?', WFR 2007/777, alsmede E. Nijkeuter, 'Samenloop van art. 43 EG en art. 56 EG', WFR 2006/249.

⁵ HvJ zaak C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation – FII 1*).

meerderheidsbelangen hielden in vennootschappen gevestigd in ‘derdelanden’. Nadat de Britse rechter onduidelijkheid constateerde in de HvJ-jurisprudentie over de toepasselijke vrijheid in dergelijke gevallen, heeft hij het HvJ prejudiciële vragen gesteld. Is hier sprake van een vestigingshandeling, een kapitaalbeweging, of beide? In zijn antwoord kiest het HvJ een andere benadering dan we in Nederland gewend zijn. Het HvJ acht, vrij vertaald, de kapitaalverkeersvrijheid ook van toepassing wanneer binnen de Europese Unie (EU) gevestigde lichamen belastbare voordelen behalen uit meerderheidsbelangen in vennootschappen gevestigd in derdelanden. Dit wanneer de betrokken (belasting)wetgeving van generieke aard is. De gekozen route wijkt duidelijk af van die van de Hoge Raad in diverse recente arresten. De Hoge Raad ziet in buitengrensoverschrijdende investeringen in meerderheidsbelangen louter vestigingshandelingen, die buiten de bescherming van het Unierecht vallen. Dit vanwege de ontbrekende derdelandwerking van de vestigingsvrijheid.

In deel 1 van deze bijdrage analyseren wij het FII 2 arrest. Welke verdragsvrijheid is in een concrete situatie van toepassing en waar verschilt de benadering van het HvJ van die van de Hoge Raad? In deel 2 van onze bijdrage gaan wij in op de gevolgen van FII 2 voor de fiscale rechtstoepassing in Nederland.

2 *De marsroute van het HvJ bij zijn keuze voor de toepasselijke vrijheid*

2.1 *Kwalificatie beweging juridisch relevant, maar benadering HvJ traditioneel diffuus*

De vraag naar de toepasselijke vrijheid is vooral relevant bij economische activiteiten voorbij de buitengrenzen van de Europese Unie/Europese Economische Ruimte (EU/EER).⁶ De personele en territoriale werkingssfeer van het primaire Unierecht verschillen immers afhankelijk van het type verkeer dat aan de orde is. Het vrije verkeer van personen, goederen en diensten geldt alleen voor onderdanen (of werknemers) van de lidstaten.⁷ Bovendien werken deze vrijheden slechts bij vestigingshandelingen, goederenbewegingen, of dienstenverkeer binnen het grondgebied van de EU/EER. Dit is anders onder het vrij verkeer van kapitaal. Deze heeft derdelandwerking. De personele en territoriale werkingssfeer van de kapitaalverkeersvrijheid is universeel.⁸ Het gevolg hiervan is dat de lidstaten economische activiteiten voorbij de buitengrenzen van de EU/EER mogen ontmoedigen,⁹ tenzij de (rechts)handelingen/bewegingen als kapitaalverkeer kwalificeren. Het kapitaalverkeer mogen zij niet belemmeren of discrimineren. Dit behoudens de toepassing van de zogenoemde ‘standstillbepaling’.¹⁰

⁶ Het EU/EER-grondgebied bestaat grosso modo uit het grondgebied van de EU/EER-lidstaten binnen het Europese continent. Een complicatie vormt bijv. de vraag hoe de overzeese gebiedsdelen van het Koninkrijk te duiden. Vormen het Caribische gedeelte van het land Nederland en de overige landen binnen het Koninkrijk derdelanden? De Hoge Raad (HR) heeft hierover prejudiciële vragen gesteld (zie BNB 2012/197-298).

⁷ Art. 54 VWEU.

⁸ Art. 63-66 VWEU. Opmerking verdient dat art. 63 VWEU het ‘kapitaalverkeer’ als voorwerp hanteert, een zakelijk aanknopingspunt dat zich richt tot het ‘object’ van de vrijheid. Art. 49 VWEU (vestigingsvrijheid) hanteert de ‘onderdaan’ als voorwerp, een persoonlijk aanknopingspunt dat zich richt tot het ‘subject’ van de vrijheid. Vgl. Smit/Kiegebeld 2008, t.a.p., par. 3.3.

⁹ Dit in vergelijking met hun intra-EU/EER equivalenten.

¹⁰ Art. 64 VWEU. Buitengrensoverschrijdende kapitaalbewegingen vallen onder de kapitaalverkeersvrijheid, met uitzondering van belemmerende en discriminerende maatregelen t.a.v. ‘directe investeringen’, die bestaan in de

Ondanks het belang van een heldere afbakening tussen de kwalificatie van een (rechts)handeling/beweging als kapitaalverkeer enerzijds en die als vestigingshandeling, goederenlevering of dienstenverrichting anderzijds, is de benadering van het HvJ niet erg duidelijk. Althans, dit geldt met name voor de afbakening tussen kapitaal en vestiging, en dan vooral waar het investeringen betreft in een aandelenbelang dat de houder beslissende invloed biedt op de aangelegenheden van de vennootschap waarin het belang wordt gehouden.¹¹ Waar het belang de houder geen beslissende invloed biedt, lijkt de benadering van het HvJ eenduidig. Dan gaat het bij de investering en behaalde voordelen daaruit om kapitaalbewegingen.¹²

2.2 *Feitelijke benadering of doel en strekking?*

Bij meerderheidsbelangen in derdelandsituaties lijkt het HvJ tot FII 2 op twee gedachten te hinken. In sommige gevallen kwalificeert het HvJ de beweging op basis van *feiten en omstandigheden*, een feitelijke benadering derhalve. In andere gevallen baseert het HvJ zijn keuze op de *ratio van de getoetste maatregel*, een doel-en-strekkingbenadering.¹³

In verschillende arresten verkiest het HvJ de feitelijke benadering.¹⁴ Daar beziet het voor de beslissing of sprake is van een kapitaalbeweging of vestigingshandeling de feiten en omstandigheden. Is bij de aandeelhouder feitelijk sprake van ‘beslissende invloed’ over de onderliggende ondernemingsactiviteiten, dan is sprake van een vestigingshandeling. In dit verband wordt wel gesproken van het ‘Baarscriterium’.¹⁵ Volgens deze benadering komt men hier uit bij de vestigingsvrijheid. Deze lijn past ook de Hoge Raad toe.¹⁶ Betreft het feitencomplex een vestigingshandeling voorbij de buitengrenzen van de EU/EER, dan is het primaire Unierecht in deze benadering niet van toepassing. Een ontmoedigende fiscale maatregel houdt dan unierechtelijk stand.

In verschillende andere arresten beziet het HvJ voor de beslissing of sprake is van een kapitaalbeweging of vestigingshandeling echter – en hiermee ontstaat de onzekerheid – het

rechtssystemen van de lidstaten per 31 december 1993. Voor die datum kende het gemeenschapsrecht geen rechtstreeks werkende bepaling voor het kapitaalverkeer met derdelanden. Vgl. HR BNB 2005/224, waarin de HR overweegt dat de, blijkens Bosal (HvJ zaak C-168/01), gemeenschapsrechtelijk onhoudbare aftrekbepaling voor deelnemingskosten niet geldt voor kosten gemaakt voor 1 januari 1994 in verband met deelnemingen in lichamen gevestigd buiten de, toen, Europese Economische Gemeenschap. Overigens werkten de effecten van Bosal wel door voor pre-1994-deelnemingskosten waarbij betrokken lichamen binnen de gemeenschap waren gevestigd, zie HR BNB 2005/224.

¹¹ Waar het de afbakening tussen kapitaalverkeer of dienstverrichting betreft, lijkt het HvJ een causaliteitstoets of ‘weegschaalbenadering’ aan te leggen: treft de maatregel meerdere vrijheden, dan geldt de vrijheid waarop ‘*hoofdzakelijk inbreuk*’ wordt gemaakt; andere vrijheden gelden niet indien deze hieraan ‘*volledig ondergeschikt*’ zijn. Vgl. HvJ zaken C-204/90 (Bachmann), C-36/02 (Omega Spielhallen) en C-452/04 (Fidium Finanz). Opmerking, overigens, verdient dat art. 57 VWEU een voorrangsregel geeft bij dienstverrichtingen, die voorschrijft dat de andere vrijheden voorgaan op dienstenverkeer. Het HvJ lijkt deze bepaling te negeren.

¹² Zie FII 1 en HvJ gevoegde zaken C-436/08, C-437/08 (Haribo/Salinen). Vgl. HvJ zaak C-208/00 (Überseering).

¹³ Zie hierover bijv. Hemels et al., t.a.p., p. 31, Englisch, t.a.p., p. 197-221, en De Wilde/Fontana, t.a.p., p. 24-25.

¹⁴ Zie Baars, t.a.p., Burda, t.a.p. In Burda acht het HvJ bij meerderheidsbelangen louter de vestigingsvrijheid van toepassing. Dit omdat feitelijk sprake is van doorslaggevende zeggenschap.

¹⁵ Zie over het Baarscriterium Van der Kroon, t.a.p.

¹⁶ Zie HR BNB 2006/254, BNB 2009/23-24, BNB 2009/216, BNB 2009/239, BNB 2009/261, BNB 2010/291-292, BNB 2011/162, BNB 2012/102, BNB 2012/197-198 en HR 5 oktober 2012, nr. 11/02956. Vgl. Besluit staatssecretaris van Financiën 9 februari 2004, nr. CPP2003/2240M, V-N 2004/13.14.

voorwerp van de voorliggende fiscale maatregel.¹⁷ Dan kijkt het HvJ voor de kwalificatie van de beweging naar het doel en de strekking van de maatregel. Beoogt de fiscale maatregel slechts te gelden voor belangen die de aandeelhouder beslissende invloed bieden op de onderliggende activiteiten, dan is sprake van een vestigingshandeling.¹⁸ Richt de maatregel zich tot portfolio-investeringen, of beoogt deze misbruik te bestrijden, het gaat om investeringen met het oogmerk een beleggingsrendement te behalen of met de bedoeling deze op kunstmatige wijze laag of onbelast in een vooraf gekozen heffingsjurisdictie te laten renderen, dan is sprake van een kapitaalbeweging.¹⁹ Deze benadering is door het HvJ ook toegepast waar het feitencomplex een investering in een meerderheidsbelang betreft.²⁰ Deze lijn lijken ook de Franse, Duitse en Britse belastingrechters toe te passen.²¹

Het complicerende is dat het HvJ niet uitlegt *waarom* hij voor deze ogenschijnlijk verschillende benaderingen kiest. De kwestie spitst zich toe op meerderheidsbelangen onder generiek werkende fiscale regelingen. Situaties derhalve waarin de aandeelhouder beslissende invloed heeft, terwijl uit het voorwerp van de litigieuze fiscale regeling niet kan worden opgemaakt of deze zich richt tot misbruikbestrijding, beleggingen of directe investeringen. In dergelijke gevallen is niet duidelijk hoe de beweging unierechtelijk moet worden gekwalificeerd. Rechtsonzekerheid over de reikwijdte van het Unierecht is hier het gevolg. Het lijkt er op dat het HvJ in FII 2 op dit punt helderheid heeft willen scheppen door zijn benaderingen tot één enkele consistente samen te smelten.²²

2.3 *HvJ in FII 2: doel en strekking, maar ook feiten bezien*

In FII 2 neemt het HvJ in zijn keuze voor de toepasselijke vrijheid de doel-en-strekkingbenadering als uitgangspunt en past hij een feitelijke benadering toe waar hij dat nodig acht. Het HvJ overweegt, ten eerste, dat bij de toetsing van fiscale maatregelen die wat hun voorwerp betreft alleen zien op meerderheidsdeelnemingen, unierechtelijk sprake is van vestigingshandelingen. Hierop ziet de vestigingsvrijheid exclusief.²³ Te denken valt in dit verband aan fiscale groepsregelingen, zoals het Nederlandse fiscale-eenheidsregime of de (voormalige) thincap-regeling.²⁴ Ten tweede, bij toetsing van fiscale maatregelen die zien op

¹⁷ Zie HvJ zaken C-182/08 (Glaxo), C-157/05 (Holböck) en Haribo/Salinen, t.a.p. In Holböck en Glaxo toetst het HvJ meerderheidsbelangen aan de kapitaalverkeersvrijheid. Dit o.b.v. de ratio van de litigieuze regeling. Zie ook FII 2, t.a.p., r.o. 90.

¹⁸ Zie FII 1, t.a.p. Vgl. HvJ zaak C-208/00 (Überseering), Baars, t.a.p. en Burda, t.a.p. Zie ook HvJ zaak C-387/11 (Cie/België), r.o. 34, en FII 2, t.a.p., r.o. 91.

¹⁹ Zie Haribo/Salinen, t.a.p., Glaxo, t.a.p., FII 2, t.a.p., r.o. 92, en Cie/België, t.a.p., r.o. 34.

²⁰ Zie Glaxo, t.a.p., en HvJ zaak C-31/11 (Scheunemann).

²¹ Zie respectievelijk Cour Administrative d'Appel de Nancy, 22 augustus 2008, nr. 07NC00783, Bundesfinanzhof ('BFH'), 26 november 2008, I R 7/08, Internationales Steuerrecht 7/2009, 244, BFH 8 juni 2010, I B 199/09 en High Court of Justice, Chancery Division, Test Claimants in the FII Group Litigation v. IRC, 27 november 2008 (2009) STC 254 (Case No.: HC03C02223 and others, (2008) EWHC 2893 (Ch). Zie hierover Hemels et al., t.a.p., p. 26-31.

²² Zie FII 2, t.a.p., r.o. 88-104.

²³ Zie FII 2, t.a.p., r.o. 91.

²⁴ Vgl. HR BNB 2012/247. Wij twijfelen over de renteaftrekbepanking in art. 10a Wet Vpb. Het 1/3-verbodenscriterium in lid 4 suggereert een groepsregeling. Dit impliceert exclusieve kwalificatie als vestigingshandeling (geen derdelandwerking). Daarentegen, een 1/3-belang biedt niet noodzakelijk beslissende invloed. Hieruit kan worden afgeleid dat art. 10a Wet Vpb een meer generiek werkende maatregel betreft. Dit impliceert, gelet op FII 2, t.a.p., kwalificatie als vestigingshandeling c.q. kapitaalbeweging (derdelandwerking).

beleggingsbelangen, of misbruik trachten te bestrijden, gaat het volgens het HvJ om kapitaalbewegingen. Betrokken feitencomplexen vallen dan exclusief onder de kapitaalverkeersvrijheid.²⁵ In dit verband is te denken aan de toepassing van antimisbruikmaatregelen voor portfolio-investeringen ondergebracht in vennootschappen in laagbelastende heffingsjurisdicties, zoals het deelnemingsverrekeningsregime voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen.²⁶ Ook kan worden gedacht aan antidividendstrippingsmaatregelen. Of aan de ‘accrual-basisheffing’ voor ter belegging gehouden belangen van 25% of meer in bepaalde niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Ten derde – en nu komt het – concludeert het HvJ dat generieke fiscale maatregelen in derdelandsituaties moeten worden beoordeeld in het licht van de kapitaalverkeersvrijheid.²⁷ Dit geldt zowel bij minderheids- als meerderheidsbelangen en ongeacht het actieve of passieve karakter van de investering. Dat is opmerkelijk. Laten we de route van het HvJ daarom nader volgen.

Het HvJ komt tot toepassing van de kapitaalverkeersvrijheid bij een buitengrensoverschrijdende investering door een Britse aandeelhouder in een zeggenschapsbelang.²⁸ Dit door ‘rekening te houden met de feitelijke gegevens van het concrete geval’. Het HvJ overweegt dat bij generieke fiscale maatregelen, zoals de litigieuze Britse regeling, niet kan worden vastgesteld of deze naar hun aard hoofdzakelijk zien op vestigingshandelingen of kapitaalbewegingen. De doel-en-strekkingbenadering, het beschouwen van het voorwerp van de regeling, helpt hier dus niet. Daarom bezielt het HvJ feiten en omstandigheden om de beweging te kwalificeren en de toepasselijke vrijheid vast te stellen. Het HvJ overweegt dat de Britse regeling onder de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer valt. Het HvJ merkt daarbij op dat de vestigingsvrijheid geen toepassing vindt. Het betreft immers een zeggenschapsbelang in een derdelandsituatie en de vestigingsvrijheid heeft geen derdelandwerking. Vervolgens overweegt het HvJ dat de regeling dan aan de

Echter, de historische connectie van de aftrekbeperking met het leerstuk *fraus legis* suggereert dat de regeling zich richt op misbruikbestrijding. Dit impliceert, gelet op *Glaxo*, t.a.p., exclusieve kwalificatie van ‘10a-transacties’ als kapitaalbewegingen (derdelandwerking). Overigens veronderstellen wij hier de toegang tot de verdragsvrijheden. Wellicht, namelijk, betekent de connectie met *fraus legis* dat het EU-rechtelijke leerstuk misbruik van recht meebrengt dat bij 10a-transacties geen toegang tot de vrijheden bestaat. Vgl. HR BNB 2012/213, waarin de HR overweegt dat in *frauslegis*gevallen geen beroep kan worden gedaan op de kapitaalverkeersvrijheid. Dit, althans, zover het transacties betreft die vallen onder de – bij art. 10a Wet Vpb – gecodificeerde *frauslegis*jurisprudentie. De (on)verenigbaarheid van art. 10a Wet Vpb met het Unierecht blijft verder onbesproken.

²⁵ *Idem*, r.o. 92.

²⁶ Overigens verdient het opmerking dat wanneer hier de kapitaalverkeersvrijheid geldt, de standstillbepaling mogelijk geen toepassing vindt. Deze ziet immers slechts op ‘directe investeringen’. Hiermee lijkt te worden bedoeld op de term ‘direct investments’ in de bedrijfseconomische betekenis, d.w.z.: ter onderscheiding van ‘portfolio investments’. Ook het HvJ lijkt zo het onderscheid analytisch af te bakenen, bijv. in HvJ-zaken C-282/04 en C-283/04 (*Cie/Nederland*), r.o. 19, *Haribo/Salinen*, t.a.p. en HvJ-zaak C-194/06 (*Orange Small Cap Fund*). Vgl. tevens HR BNB 2012/102, waarin de HR, vrij vertaald, overweegt: ‘niet ter belegging? Dus directe investering’. Langs deze afbakening ziet de beperking van de standstillbepaling alleen op investeringen in als bedrijfsmiddel aangehouden aandelenbelangen. Investeringen in het traditionele bedrijfsmiddel ‘deelneming’, d.w.z. in zijn betekenis voor invoering van de aanpassingen in de Vpb per 1 januari 2007. De standstillbepaling geldt dan niet voor aandelenbelangen aangehouden met een beleggingsoogmerk. Dit leidt weer tot de klassieke afbakening, fiscaal, van ‘beleggen vs. ondernemen’. Zie hierover M.F. de Wilde, ‘Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen’, *MBB*, vol. 80 (2011), nr. 9, p. 347-368.

²⁷ Zie FII 2, t.a.p., r.o. 104.

²⁸ *Idem*, r.o. 94-99.

kapitaalverkeersvrijheid moeten worden getoetst. Dit, ongeacht de omvang van het aandelenbelang.²⁹

Betekent dit dat de kapitaalverkeersvrijheid geldt, *omdat* de vestigingsvrijheid hier niet van toepassing is? Wij denken niet dat dit a contrario uit de overwegingen van het HvJ kan worden afgeleid. Het lijkt er eerder op dat het HvJ *alternatieve* routes onderkent, waarbij hij constateert dat de ene route (vestiging) doodloopt en om vervolgens de andere route te bewandelen (kapitaal).

Opmerking verdient dat het HvJ expliciet de opvattingen van de Britse, Duitse, Franse en Nederlandse overheden verwerpt. Zij betogen dat bij generiek werkende fiscale maatregelen niet slechts de bedoeling van de fiscale wetgeving, maar ook het feitencomplex moet worden gezien. Daarmee, vermoeden wij, doelen zij op het buiten toepassing laten van de kapitaalverkeersvrijheid in gevallen waar in werkelijkheid sprake is van een vestigingshandeling.³⁰ Relevant in deze opvatting lijkt ons de vraag of in werkelijkheid bijvoorbeeld sprake is van een belegging (kapitaalbeweging/portfolio-investering), een deelneming die geen beslissende invloed biedt (kapitaalbeweging/directe investering) of van een directe investering in een onderliggende ondernemingsactiviteit (vestigingshandeling). Het HvJ verwerpt deze zienswijze niettemin, nu deze tot uitkomsten leidt die zijns inziens onverenigbaar zijn met de vrijheid van kapitaalverkeer. Het HvJ wijst er in dit verband op dat de kapitaalverkeersvrijheid, gelet op de verdragstekst, ook ziet op ‘kapitaalbewegingen in verband met een vestiging of directe investeringen’.³¹ Meer specifiek spreekt het HvJ van investeringen die de aandeelhouder de mogelijkheid biedt actief te participeren in de activiteiten van de vennootschap waarin hij het belang houdt.

Wel constateert het HvJ een beperking.³² Deze hebben wij nog niet eerder in de jurisprudentie gezien en zij intrigeert ons. Vooral omdat wij de overwegingen moeilijk kunnen plaatsen. De beperking kent twee componenten, de ene richt zich op ‘marktdeelnemers’, de andere op ‘voorwaarden voor markttoegang’.

²⁹ Idem, r.o. 99.

³⁰ Idem, r.o. 101. A-G Wattel komt tot een vergelijkbare benadering in zijn conclusie bij BNB 2010/291-292, en daarmee tot het volgende toetsingsschema: 1) voor wetgeving die louter ziet op controlerende belangen geldt de vestigingsvrijheid; 2) voor wetgeving die louter ziet op beleggingsbelangen de kapitaalverkeersvrijheid; 3) voor generieke wetgeving worden feiten en omstandigheden gezien; is i.c. feitelijk sprake van beslissende invloed, dan geldt exclusief de vestigingsvrijheid; is hiervan i.c. geen sprake, dan geldt de kapitaalverkeersvrijheid. Anders De Wilde, t.a.p. Hij bepleit voor de toepasselijke vrijheid de feiten te zien met inbegrip van het (geobjectiverde) oogmerk van de investeerder. Dan zou exclusief sprake zijn van een vestigingshandeling waar sprake is van a) beslissende invloed, waarbij b) belastingplichtige het meerderheidsbelang als bedrijfsmiddel aanhoudt. In de (overige) gevallen, waar belastingplichtige het meerderheidsbelang met een ander oogmerk aanhoudt, zou ruimte zijn voor toetsing aan de kapitaalverkeers- (in gevallen waar het belang als belegging wordt gehouden) of dienstenverkeersvrijheid (in gevallen waar het belang als voorraad wordt gehouden). Bij minderheidsbelangen die als bedrijfsmiddel worden gehouden – de traditionele deelneming, vgl. HR BNB 1966/89 en BNB 2002/262 – zou het kapitaalverkeer gelden. Wat die laatste betreft, bij bestaande regelingen in voorkomende gevallen onder toepassing van de standstillbepaling.

³¹ FII 2, t.a.p., r.o 101, waar het HvJ wijst op art. 64, lid 1, VWEU. Art. 64, de standstillbepaling, refereert aan ‘vestiging’. Dit impliceert dat ook de vestigingshandeling onder de kapitaalverkeersvrijheid valt. Als dit niet het geval zou zijn geweest, had de vestigingshandeling immers niet in de ‘standstill’ hoeven worden opgenomen om per ultimo 1993 bestaande belemmerende maatregelen bij buitengrensoverschrijdende vestigingshandelingen onder de kapitaalverkeersvrijheid te sanctioneren. Dit omdat de vestigingsvrijheid geen derdelandwerking heeft. Vgl. Smit/Kiegebeld 2008, t.a.p., p. 18.

³² Zie FII 2, t.a.p., 100.

Het HvJ merkt ten aanzien van de marktdeelnemers het volgende op. Omdat de vestigingsvrijheid geen derdelandwerking heeft moet, aldus het HvJ, worden vermeden dat de kapitaalverkeersvrijheid wordt ingezet door “(...) marktdeelnemers die buiten de territoriale werkingssfeer van de vestigingsvrijheid vallen (...)” met de enkele bedoeling toegang te krijgen tot de vrijheden. Het HvJ lijkt hier een soort antimisbruikbenadering te formuleren om te voorkomen dat het Unierecht bij vestigingshandelingen via de achterdeur alsnog toepassing vindt. Wie zijn deze marktdeelnemers? Wij komen uit op juridische entiteiten met een ‘Europese nationaliteit’³³ die fiscaal buiten het grondgebied van de EU/EER gevestigd zijn,³⁴ of die hun vestigingsplaats binnen de EU/EER hebben, maar buiten de EU/EER (on)middellijk³⁵ vestigingshandelingen verrichten³⁶. Zij vallen binnen de personele werkingssfeer van de vestigingsvrijheid vanwege hun ‘Europese paspoort’, maar buiten de territoriale werkingssfeer van deze vrijheid, omdat zij feitelijk buiten het grondgebied van de EU/EER investeren.^{37, 38} ‘Outbound’ investeringen dus. Dit rijmt ook met het HvJ dat refereert aan wetgeving van een lidstaat die geldt voor ‘een vennootschap van die lidstaat in een derde land’. Wij kwamen daarom aanvankelijk niet uit op ‘inbound investeringen’. Wij dachten dat in deze overwegingen niet werd bedoeld op buitenlandsrechtelijke entiteiten die (on)middellijk³⁹ vestigingshandelingen verrichten binnen het grondgebied van de EU/EER. Zij vallen immers buiten de personele werkingssfeer van de vestigingsvrijheid om hun ‘niet-Europese paspoort’ en binnen de territoriale werkingssfeer van deze vrijheid. Dit laatste omdat zij feitelijk binnen het grondgebied van de EU/EER investeren. Dit rijmt echter weer niet met de referentie van het HvJ aan wetgeving van een lidstaat die geldt voor ‘een vennootschap van een derde land in die lidstaat’. Wij begrijpen dit niet. Deze situatie valt toch juist binnen de territoriale reikwijdte van de vestigingsvrijheid, maar buiten de personele werkingssfeer? De enige manier waarop wij deze overwegingen in onderlinge overeenstemming kunnen krijgen is door te aanvaarden dat de territoriale werkingssfeer van

³³ Wij doelen hier op juridische entiteiten beheerst door het rechtspersonen- of personenvennootschappenrecht van een van de EU/EER-lidstaten, maar die een fiscale vestigingsplaats hebben buiten het grondgebied van de EU/EER. Dit bijv. wanneer de betreffende lidstaten civielrechtelijk de incorporatieleer hanteren.

³⁴ Zie ‘Algemeen programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestigingen’, 18 december 1961, *PbEG* 2, 15 januari 1962, Titel I. Zie hierover nader D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden*, FM nr. 105, Kluwer, Deventer 2003, p. 55.

³⁵ Wij doelen hier op het verrichten van ondernemingsactiviteiten op directe wijze, dus m.b.v. een vaste inrichting (vi) in een derdeland, of op indirecte wijze, dus m.b.v. een gecontroleerde dochtermaatschappij gevestigd in een derdeland.

³⁶ Zie bijv. HvJ-zaak C-415/06 (Stahlwerk), FED 2008/56. Deze zaak betreft een Duitse GmbH die via een participatie in een – naar Duits recht – fiscaal transparante personenvennootschap buiten het grondgebied van de EU een ondernemingsactiviteit verricht m.b.v. een vi. De GmbH wilde met een beroep op de vestigingsvrijheid een buitenlands verlies verrekenen met binnenlandse winsten, wat naar Duits belastingrecht niet werd toegestaan. Hij kreeg geen toegang tot de vestigingsvrijheid, omdat de verlieslatende ondernemingsactiviteiten zich afspeelden buiten het grondgebied van de EU.

³⁷ Wij menen dat de territoriale werkingssfeer wordt bepaald, of althans zou moeten worden bepaald, door de locatie van de investering: situs, territorialiteit. Ook menen wij dat de plaats van feitelijke leiding analytisch beschouwd een uiting van het territorialiteitsbeginsel is: situs.

³⁸ Ook denken wij aan buitenlandrechtelijke entiteiten die vestigingshandelingen verrichten buiten het grondgebied van de EU/EER. Zij vallen zowel buiten de personele als de territoriale werkingssfeer van de vestigingsvrijheid (art. 54 VWEU io. art. 49 VWEU). Deze categorie is wellicht minder interessant nu hun activiteiten zich buiten de EU/EER afspelen.

³⁹ Wij doelen hier op het verrichten van ondernemingsactiviteiten op directe wijze, dus m.b.v. een vi in een EU/EER-lidstaat, of op indirecte wijze, dus m.b.v. een gecontroleerde dochtermaatschappij gevestigd in een EU/EER-lidstaat.

de vestigingsvrijheid zowel ziet op de locatie van de investering als op de locatie van de investeerder. Analytisch losjes geformuleerd: de geografische plaats van de inkomensproducerende activiteiten (situs/territorialiteit) c.q. de fiscale woon-/vestigingsplaats (domicilie). Alleen zo valt bijvoorbeeld de Amerikaanse moedermaatschappij met een primaire vestigingshandeling (verplaatsing feitelijke leiding/vaste inrichting) of secundaire vestigingshandeling (dochtermaatschappij) in Nederland buiten de territoriale werkingssfeer van de vestigingsvrijheid. Maar dan begrijpen wij de hele exercitie in FII 2 niet. Wij hebben namelijk zojuist beide categorieën buitengrensoverschrijdende vestigingshandelingen geïdentificeerd (in- en outbound) en vervolgens onder de beperking geschoven. Als het HvJ kennelijk alle buitengrensoverschrijdende vestigingshandelingen niet onder de kapitaalverkeersvrijheid wil begrijpen, waarom kwalificeert het deze bewegingen dan eerst als kapitaalverkeer om ze vervolgens op cryptische wijze onder een nieuwontwikkelde beperking van de vrijheid uit te sluiten? Bij vestigingshandelingen had de beweging toch ook gewoon exclusief als vestigingsvrijheid kunnen worden gekwalificeerd, zoals ook de Hoge Raad doet in zijn bestendige jurisprudentie? Kortom, wij tasten in het duister.

Wat betreft de tweede component, de voorwaarden voor markttoegang, lijkt het alsof het HvJ zich haast te zeggen dat de zojuist geformuleerde beperking niet onverkort geldt. Het HvJ overweegt dat het gesignaleerde gevaar – toegang tot de vrijheden via de achterdeur – in de voorliggende kwestie niet speelt. Dit omdat de Britse voorkomingssystematiek ‘niet ziet op voorwaarden voor toegang tot de markt’, maar ‘enkel een fiscale maatregel betreft’ – de belastingheffing over inbound dividendstromen. Het gaat, zo begrijpen wij, niet om de verstrekking van een vergunning om binnen een jurisdictie te mogen ondernemen of iets dergelijks – zoals in de zaak *Fidium Finanz* aan de orde was –,⁴⁰ maar om een Britse belastingheffing. Kennelijk constateert het HvJ een analytisch verschil tussen maatregelen die zien op markttoegang als zodanig – de toegangspoort – en maatregelen die zien op de belastingheffing over behaalde rendementen uit de daaropvolgende economische activiteiten. Als deze ‘escape’ zo moet worden uitgelegd – en vooralsnog gaan wij daar maar van uit – dan geldt deze daarmee, zo lijkt het, niet voor de (directe) belastingen.

Samenvattend leert het arrest FII 2 dat generiek werkende fiscale maatregelen in derdelandsituaties onder de werking van de kapitaalverkeersvrijheid vallen en materieel op hun (on)verenigbaarheid met deze vrijheid kunnen worden getoetst. Dit geldt ongeacht de omvang van het aandelenbelang of het investeringsmotief.

3 Benadering Hoge Raad consistent, maar niet conform HvJ

3.1 Hoge Raad hanteert feitelijke benadering

⁴⁰ *Fidium Finanz AG*, t.a.p. Ook is te denken aan beperkingen die worden opgelegd aan buitenlandse investeerders. HvJ C-244/11 (*Cie/Griekenland*) bijv. betrof een stelsel van voorafgaande vergunningen voor een deelname van meer dan 20% in het maatschappelijk kapitaal van bepaalde vennootschappen (voormalige staatsbedrijven). Het HvJ overwoog o.m. dat een dergelijk belang exclusief als vestigingshandeling kwalificeert vanwege de ‘zekere’ invloed die hiermee kon worden uitgeoefend op het bestuur van en de zeggenschap over deze vennootschap. Opvallend is dat in dit arrest het woord marktdeelnemers meerdere keren wordt gebruikt voor de investeerders.

De Hoge Raad heeft zich in het recente verleden enige keren uitgelaten over de unierechtelijke kwalificatie van buitengrensoverschrijdende investeringen in meerderheidsbelangen.⁴¹ Hierbij heeft hij steeds arrest gewezen zonder het HvJ prejudiciële vragen te stellen. Althans, niet tot zeer recent.⁴² Vermoedelijk acht(te) de Hoge Raad de uitlegging van het Unierecht door het HvJ op dit punt helder, een zogenoemde *acte éclairée*.⁴³

In zijn keuze voor de unierechtelijke kwalificatie van de grensoverschrijdende beweging en daarmee de toepasselijke verkeersvrijheid, hanteert de Hoge Raad consequent de feitelijke benadering.⁴⁴ Zijn beslissing of sprake is van een kapitaalbeweging of vestigingshandeling laat hij afhangen van de feiten en omstandigheden. Het gevolg is dat belastingplichtigen die worden belemmerd bij het behalen van voordelen uit meerderheidsbelangen in derdelanden, volgens de Hoge Raad niet worden beschermd door het Unierecht. In zijn benadering vallen deze scenario's buiten de werkingssfeer van de verdragsvrijheden. Bij meerderheidsbelangen heeft de belastingplichtige aandeelhouder beslissende invloed op de activiteiten in de vennootschap waarin hij het belang houdt. Daarmee is hier feitelijk en exclusief sprake van een vestigingshandeling, aldus de Hoge Raad. Deze verdringt de kapitaalbeweging en daarmee de toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer. Omdat de vestigingsvrijheid bij buitengrensoverschrijdende vestigingshandelingen niet werkt, komt de Hoge Raad niet toe aan materiële toetsing aan de vrijheden.

3.2 *Waar ligt het verschil tussen de Hoge Raad en het HvJ? Exclusief versus alternatief*

Achteraf blijkt de benadering van de Hoge Raad onjuist te zijn geweest. Het HvJ oordeelt bij aandeelhouders met beslissende invloed immers thans wel tot materiële toepassing van de kapitaalverkeersvrijheid. Beide rechterlijke colleges zeggen uit te komen op een feiten-en-omstandighedenbenadering, aangezien de doel-en-strekkingbenadering strandt bij generieke fiscale maatregelen.

Waar ligt het verschil tussen de Hoge Raad en HvJ? Naar onze mening ligt dat in de *exclusieve* route van de Hoge Raad, terwijl het HvJ twee *alternatieve* routes lijkt te onderkennen. De Hoge Raad constateert, wijzend op de beslissende invloed van de aandeelhouder, dat – exclusief – sprake is van een vestigingshandeling en komt zo, exclusief, uit op het vestigingsverkeer. Het HvJ constateert echter tevens een kapitaalbeweging waarop de kapitaalverkeersvrijheid, alternatief, van toepassing is. Dus ook in derdelandsituaties en, volgens de verdragstekst, ook bij vestigingshandelingen. Zo dienen generiek werkende fiscale maatregelen ook bij meerderheidsbelangen aan de kapitaalverkeersvrijheid te voldoen. Wel geeft het HvJ aan beducht te zijn voor misbruik, al lijkt het HvJ in de fiscaliteit hier geen moeilijkheden te zien.

⁴¹ Zie noot 16.

⁴² Chronologisch na conclusie A-G Jääskinen, 19 juli 2012, FII 2, t.a.p., vraagt de HR het HvJ of de kapitaalverkeersvrijheid geldt bij een meerderheidsdeelneming van een Antilliaanse aandeelhouder in een Nederlandse vennootschap. Zie HR BNB 2012/197-198.

⁴³ Hemels et al., t.a.p., p. 29, noemen dit opmerkelijk gelet op de reeds uiteenlopende benaderingen bij de diverse nationale fiscale rechters in de EU-lidstaten.

⁴⁴ Zie noot 16.

Uit FII 2 blijkt dat generiek werkende fiscale maatregelen, zoals een algemeen werkende directe heffingssystematiek bij voordelen uit aandelenbelangen, in derdelandsituaties onder de kapitaalverkeersvrijheid vallen en materieel op hun (on)verenigbaarheid met deze vrijheid kunnen worden getoetst; dit ongeacht de omvang van het aandelenbelang. Het HvJ formuleert wel een beperking. Vermeden moet worden dat de kapitaalverkeersvrijheid wordt misbruikt. Uit het arrest is niet duidelijk te distilleren waar en wanneer het HvJ misbruik vermoedt. In de zaak FII 2 zelf speelt dit misbruik niet en het lijkt erop dat in de fiscaliteit in zijn algemeenheid beperkte ruimte bestaat om dergelijk misbruik te onderkennen. Met FII 2 blijkt eveneens dat de Hoge Raad in het recente verleden (achteraf gezien) een onjuiste benadering heeft gekozen. In deel 2 van onze bijdrage bespreken wij de gevolgen van FII 2 voor de fiscale rechtstoepassing in Nederland in het verleden en de toekomst. Daarbij gaan wij er van uit dat de beperking die het HvJ heeft geformuleerd geen relevantie heeft voor maatregelen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.